

## 熊本大学学術リポジトリ

### Kumamoto University Repository System

Title	インフォームド・コンセント：アメリカにおけるその生成・発展および日本におけるその受容のあり方
Author(s)	上村, 建二郎
Citation	先端倫理研究, 3: 93-115
Issue date	2008-03
Type	Departmental Bulletin Paper
URL	<a href="http://hdl.handle.net/2298/10677">http://hdl.handle.net/2298/10677</a>
Right	

# インフォームド・コンセント—アメリカにおける その生成・発展および日本におけるその受容のあり方—

上村建二郎

## はじめに

本論文は、学術関係の著作等ばかりでなく、マスコミでも話題にされるようになったインフォームド・コンセント（以下「IC」ともいう。）について述べる。

もしこの文章が医療・看護・福祉の実務家の間で言及される—たとえ批判的にせよ—なら、これほど名誉なことはないと思っている（本論文は、平成 19 年度熊本大学法学研究科に提出した、筆者の修士論文の要約等である。）。

## I IC の定義等及びその歴史的形成

### 1 IC の定義等

#### (1) IC の定義

「治験としての IC」と「日常医療の IC」が IC の歴史的ルーツとしてある。本論文では、医療場面における患者の自己決定権について詳述したいので、後者についての定義を『英米法辞典』から引用しておく。

「説明に基づく承諾（同意）；情報に基づく承諾（同意）；□医師が患者に対して手術などの治療行為を行うさいには、それに先立って、患者に対して、提案されている治療について、その危険度、他に考えられる処置などをよく説明し、そのうえで患者から治療に対する承諾を得なければならない。このような承諾を informed consent とよび、それを得ずになされた治療は、原則として battery（暴行）ないし negligence（注：過失）の不法行為を構成するとされる<sup>1</sup>。」（「注」は上村。battery, negligence については後述する。）

ここで、IC の主体は患者であることを強調しておきたい<sup>2</sup>。医療従事者を主語として「IC する」というのは誤りである<sup>3</sup>。

ただ、IC は医師患者間の共同意思決定が基本であろうが<sup>4</sup>、医師が専門職として一定の合理的裁量を用いるのは当然なので、「・・・ある種の意味決定は常に医師のみの判断にまかされることになるだろう<sup>5</sup>。」

#### (2) IC 文献理解のキーワード、battery, assault, negligence

IC はアメリカ生まれの判例法理だが、IC 関連のアメリカの医療過誤判例を理解する上

1 『英米法辞典』田中英夫編集代表（東京大学出版会・2005 年）446 頁

2 佐伯俊成「タリメディカル 医師の目人の目 心という治癒力」、熊本日日新聞 2006 年 8 月 16 日夕刊参照。

3 例えば、竜宗正、寺本龍生編著『がん告知 患者の尊厳と医師の義務』（医学書院・2001 年）101 頁において、小泉欣也氏は「患者ぬきの informed consent や病名ぬきの informed consent」という言葉を用いている。

4 Jay Katz, *The Silent World of Doctor and Patient* (Baltimore and London: The Johns Hopkins University Press, 2002) 86

5 R. フェイドン、T. ビーチャム（酒井忠昭・秦洋一訳）『インフォームド・コンセント 患者の選択』（みすず書房・1994 年）224 頁

でのキーワード、battery, assault, negligence について簡単に説明しておこう。細川清氏の記述を参考にする<sup>6</sup>。

まず、battery, assault の訳語について述べておきたい。普通前者は「暴行」、後者は「暴行」「暴行の着手」等と訳される。私は、battery, assault, battery and assault を全て「不法(な身体)接触」の訳語を採用すべき、と提案したい<sup>7</sup>。

細川氏は「開示義務の不履行(医師が患者から Informed Consent を得なかったこと)を理由に訴訟が提起された場合、第一に問題となるのは、この訴訟の訴訟原因が Battery (暴行)と Negligence (過失)のいずれかであるか、ということである<sup>8</sup>。」と言い、以下のように説明している。assault は、assault and battery と表現されるが、大抵 battery と同義とみてよい。

battery・・・「説明がなされなかったために医療行為に対する患者の行為が無効であると考えべき[で]Batteryにおいては、原告は被告による原告の身体に対する 違法な接触を主張・立証すれば足りる。違法な接触自体が不法行為であるから、これにより現実の損害が発生したことは訴訟原因の構成要件でなく、損害額の査定につき考慮されるに過ぎない。したがって、現実の損害のない場合でも名目的損害賠償が与えられる。・・・<sup>9</sup>。」([I]は上村)と細川氏は説明している。

negligence・・・『英米法辞典』には「ネグリジェンス；(私法上の) 過失、過失という不法行為□不法行為の一類型。・・・通常人が払うべき注意を怠ることにより損害を惹起した場合に行為者は責任を問われる」とある<sup>10</sup>。同意は有効であるが、開示義務という医師の患者に対する注意義務の懈怠があったとみられ、注意義務の基準は合理的人間の行為であるが、「医療上の Negligence における注意義務の基準は、同一ないし同様の地方・状況下において通常の医師が具有し、行使する能力・注意の程度である<sup>11</sup>。」と細川氏は言う。

医療過誤訴訟においては、battery より negligence の方が、立証が難しいといえる。

## 2 IC 概念の歴史的形成

IC の歴史的ルーツについては、「治験の IC」と「日常医療の IC」があると述べたが、前者の起源はニュルンベルク綱領で、後者については、informed consent という言葉が 57 年の Salgo 判決で初めて使用された。この 2 つの IC の区別は、はっきりさせたがよい。

<sup>6</sup> 細川清「医師の開示義務(上)―アメリカ法の場合―」3頁、『判例時報 817号』、1976年。細川氏はこの論文の脚注で、開示義務違反に基づく刑事責任について氏のアメリカでの指導教授に質問したところ、同指導教授はそれを否定した旨述べている。私は IC 取得義務違反の医療行為は刑事責任が問われることはないと考えたが、十分には確認できなかった。

<sup>7</sup> 森川功氏は「インフォームド・コンセントの法理の形成過程」324頁及び329頁『コモン・ローの機能と法典化』(矢頭敏也先生古希記念刊行委員会編・1996年)で *Schloendorff v. Society of New York Hospital*(211 N.Y. 125; 105 N.E. 92; 1914 N.Y. LEXIS 1028)及び *Canterbury v. Spence* (150 U.S. App. D.C. 263; 464 F. 2d 772; 1972 U.S App. LEXIS 9467)判決を紹介し、「不法な身体接触」という語を用いているが、その訳語に当たる語は原典で assault 又は battery と確認済み。

<sup>8</sup> 細川清(前注5)3頁

<sup>9</sup> 細川清(前注5)3-4頁。但し個々の細川氏の記述は、全てアメリカ文献の引用である。

<sup>10</sup> (刑法上の過失の)意味もちろんあるが、アメリカ文献の informed consent の文脈では、この意味が問題にされることはまずないのではないか。

<sup>11</sup> 細川清(前注5)3-4頁

日常医療のICの起源・歴史について述べよう。Jay Katzの記述を参考に<sup>12)</sup>、(1)IC概念の前史、(2)IC概念の成立・発展期、(3)IC概念の後退期として述べる。(英語文献の日本語訳の[]は、特に断りない限り、上村の挿入語句とする。)

### (1) IC概念の前史<sup>13)</sup>

Katzは「外科的介入に対する同意は古くからの法的要請であり、batteryという法的タイトル(legal rubric)の下で、裁判所は躍起になって患者の知る権利及び外科医がなそうとすることに同意する権利を守ってきた<sup>14)</sup>。」と述べるが、その患者の権利は視野が狭く「拒絶の権利」に過ぎなかった、という。

この時期の判例として、3つ要約しておく。

#### ① *Mohr v. Williams*, 104 N.W. 12 (1905)<sup>15)</sup>

##### [事実の概要]

被告[医師]によって原告[患者]の耳に行われたとみなされる、同意なき外科手術よりなるassault and batteryに対する損害賠償額を得るための、Ramsey郡の地方裁判所における訴訟。陪審は原告勝訴の評決を下した。原告・被告それぞれが上訴した。[原審の]決定が確認された。

##### [判決要旨]

医師が患者に対して手術を行い得る前に、通常は、患者の同意が与えられなければならないことは疑い得ない。自由な市民の最も重要な権利、即ち、自己の身体・人格の不可侵性(the right to the inviolability of his person)に対する権利はあまねく承認されており、そして、この権利により必然的に、検査、診断、助言および投薬・・・を行なうことを依頼された内科医または外科医は、いかに技量が優れており高名であろうとも、患者の同意または認識なくしてその患者に大手術を行なうこと、即ち、手術のために患者に麻酔をかけてその患者に手術を行うことにより、患者の許可なくしてその患者の身体の不可侵性(bodily integrity)を侵害することを禁じられる。

#### ② *Schloendorff v. The Society of New York Hospital*, 105 N.E. 92 (1914)<sup>16)</sup>

##### [事実の概要]

1908年、Mary Schloendorffは胃の不調により入院したところ、しこりが発見され、類線維腫と診断された。更なる検査が必要とされ、患者は麻酔下における検査には同意し

<sup>12)</sup> *supra* note 4, 49-84. なお、石崎泰雄「医療契約における医師の説明義務と患者の自己決定権」41-65頁(『早稲田法学会誌第四二巻』)参照

<sup>13)</sup> *ibid.*, 49

<sup>14)</sup> *ibid.*, 49

<sup>15)</sup> 95 Minn. 261; 104 N.W. 12; 1905 Minn. LEXIS 667. 「判決要旨」は森川功(前注7)323-324頁の訳文をほとんど模倣している。

<sup>16)</sup> 211 N.Y. 125; 105 N.E. 92; 1914 N.Y. LEXIS 1028, *supra* note 4, 51-52 及び資料集生命倫理と法編集委員会編『資料集 生命倫理と法 ダイジェスト版』(東京太陽出版・2004年)225頁。

たものの、手術は拒否していた。しかし検査に続いて医師は手術を施し、その結果左足に壊疽が生じて指の何本かを切断するにいたったとして、患者は病院に対し訴えを起こした。一審、二審は病院の責任を認めず、ニューヨーク州最高裁判所もその判断を支持したが、医師については同意なき手術に対する責任を認めた。

#### 【判決要旨】

医師の行為は単なる過失でなく、侵害(trespass)である。「患者が無意識で、同意を得る前に手術を施すことが必要な緊急の場合」を除いては、「成人に達した健全な精神を持つ全ての人間は、自分の身体に何がなされるかを決定する権利を持つ。患者の同意なしに手術を執行する外科医は、an assault をなしており、損害賠償額において法的責任を負う(liable in damages)<sup>17</sup>。」

### ③ *Hunt v. Bradshaw*, 242 N.C.(1955) <sup>18</sup>

#### 【事実の概要】

1950 年のあるとき、John Hunt は Tennessee, Kingsport の近くの自動車修理店で働いているとき、怪我をした。大ハンマーが、自動車の車軸の端から、小さな、鋭く尖った鉄の破片を弾き飛ばした。それが彼の首の左から彼の身体に突き刺さった。レントゲン検査で、小さな鉄の破片が確認されたが、Hunt は外科医 Bradshaw 医師の所へ回された。Bradshaw 医師はその鉄の破片が取り除かれるべきだと強く主張した。Hunt が手術について尋ねたら、Bradshaw 医師は「全くたいしたことない」と答えた。手術から目が覚めたとき、Hunt は指が動かなかった。

#### 【判決要旨】

裁判所は、専門職のサービスを提供する医師又は外科医は、特定の要求を満たすことを求められる、と述べた。そして裁判所は、医師が手術において適正なケアをしなかった又は手術をアドヴァイスする際に、最善判断を行使しなかったという専門家証言が不足しているので、患者側の敗訴を判示した。

以上の③つの判決を振り返ってみよう。①の判決では医師の手術には患者の同意が必要であることを明言しており、②の判決の Cardozo 判事の言葉は、患者の自己決定権が言及されるとき度々引用される。石崎泰雄氏は 20 世紀前半のアメリカの医療過誤判例について「trespass や battery 理論に基づいた判決がなされており、情報の開示という側面ではなく、有効な同意なしに医療行為がなされたか否かという局面をめぐる争われるケースが多い。……未だ、医師が侵害とか不法な身体接触とされる可能性ある治療行為を行っていたということであり、これが市民的な権利意識の高揚とともに、医師の専断的ともい

<sup>17</sup> 傍線の下原語 damages は「損害」ではなく「損害賠償額」の意味の法律用語である（早川武夫著『法律英語の基礎知識』（商事法務研究会・1992 年）24 頁参照）。

<sup>18</sup> 242 N.C. 517; 88 S.E.2d 762; 1955 N.C. LEXIS 610, *supra* note 4, 53-59 及び石崎泰雄（「医療契約における医師の説明義務と患者の自己決定権」48-49 頁（『早稲田法学会誌第四二巻』））

える治療行為に一定の制約が徐々に課されるようになっていく。・・・<sup>19)</sup>」という。石崎氏の言うことから、①②の判決当時の医師の実践は患者の自己決定権をかなりないがしろにしたものが多かったのだろう。ないがしろにされていた「自己決定」概念ゆえ、医療過誤訴訟ではたびたび登場することがあったのであろう。③の判決については、石崎泰雄氏も述べているように、「・・・手術の程度、性質、難しさ等に対する患者の質問に対して、患者を『安心させるため』とはいえ、医師は明白に虚偽的、詐術的表現を用いたわけであり、これは二〇世紀前半にすでに確立していた初期の法準則、すなわち、通常医師は、何ら情報を患者に与える必要はないが、もし与えた場合には、真実でなければならないという準則に反する」ものである。石崎氏は③の判決を「インフォームド・コンセント法理形成への胎動」の判例として掲げているが、Katzのように「開示と同意の低い地位」に関する判例とした方がベターである。①②の判決は informed consent の語が誕生する予兆と見なしうる。しかし③は、患者への手術の説明として「全くたいしたことない」と虚偽の説明をしており、リスク情報の開示という点からも IC の精神に反し、3つの中では異質な判決といえる。

これらの判決の積み重ねの後、1957年の Salgo 判例で informed consent の語が生まれる。20世紀初頭に、その形容詞が simple にせよ、consent 法理が確立していた事実は注目されてよい

## (2) IC 概念の成立・発展期

### ① Salgo v. Leland Stanford Jr. University Board of Trustees, 317 P.2d 170(1957)<sup>20)</sup>

#### [事実の概要]

マーティン・サルゴは、経胸腔大動脈撮影をした後、下半身が麻痺した。これは、まれだが過去例のあった合併症である。医師らが検査の実施と麻痺のリスクを警告しなかったのは negligence にあたると訴えた。

#### [判決要旨]

医師は、提案した治療法に対する患者の知的な同意の基礎を形成するのに必要な何らかの事実を述べなかった場合に、患者に対する義務に違反し、責任を負うことになる。医師は、患者を説得してその同意を得るために、処置または手術について知らされている危険について控えめに述べることをしてはならない。同時に医師は患者の福祉を至上のものとしなければならないのであり、・・・そして危険という要素を問題にするなら、インフォームド・コンセントに必要な諸事実の完全開示と矛盾しない形で、一定の裁量権(discretion)が行使されなければならないことになるということを認めることである。

#### [判決の意義]

森川功氏はこの判決を「劇的な展開」という。つまり「・・・患者から同意を得るとい

<sup>19)</sup> 石崎泰雄「医療契約における医師の説明義務と患者の自己決定権」45－47頁、『早稲田法学会誌第四二巻』

<sup>20)</sup> 生命倫理と法編集委員会編『資料集生命倫理と法生　ダイジェスト版』(太陽出版・2004年) 226頁

う医師の伝統的な義務が、一定の形式の情報を開示した後にそうするという明白な義務となり、インフォームド・コンセントという語が登場することになったのである<sup>21</sup>。同氏は、本判決は医師に一定の裁量が認められていること、それ故、情報開示の範囲は、実質的に、医療コミュニティの基準又は専門家基準に依拠している、ことは述べている<sup>22</sup>

② Irma NATASON, Appellant, v. John R. KLINE and St. Francis Hospital and School of Nursing, Inc., Appellees. No.41476.(186 Kan.393. 350. P.2d 1093, 1960)<sup>23</sup>

#### 【事実の概要】

上訴人である原告、アーマ・ネイタソンは乳癌を患い、根治的乳房切除手術を 1955 年 5 月 29 日に行った。・・・原告は放射線医クライン医師により、放射線治療を受けた。・・・原告はコバルト照射治療を受け、その結果火傷を負った。原告は治療についての情報開示や説明がなかったとクライン医師と病院を相手に過失に基づく医療過誤訴訟を提起した。一審の・・・判事は、医師及び病院側の勝訴としたため、患者はカンザス州最高裁判所に上訴した。

#### 【判決要旨】

カンザス州最高裁判所シュローダ判事は、・・・緊急な場合以外、医師は手術を行う前に、患者に代替治療の可能性を伝え、意思決定の機会を与えなければならない。第一審判決は、医師が治療内容、そのリスクおよび代替治療の可能性を開示し説明する義務について誤判があったと、次のように述べている。「英米法は自己決定に基づいて決定するということを前提として出発する。それは、各人は各々の肉体を統御するものであると考えられること、そしてもし彼または彼女が健全な精神を持つものなら、救命手術や他の医療の実施に、はっきりと不同意を唱えることができるということになる。医師がある手術、または治療のある形態が望ましく、かつ必要であると十分に信じていたとしても、法はだます、または惑わすといったいかなる形によっても、医師の判断をもって患者の判断に代えることはできない。」

同最高裁判所は、結論として、第一審が陪審員に指示した事項について破棄事由となる誤判を侵したことを指摘し、下級審の判決は新審理を許容するという指示のもとに破棄された。

#### 【判決の意義】

本判決は医師の説明と同意の義務の根拠を battery ではなく、negligence に置いた初の事例。battery で被告医師の IC 取得義務違反の法的責任が問えない場合、negligence でそれができる可能性を示したところに意義がある。新美育文氏によると、「医師の説明義務を正面から論じた<sup>24</sup>」判決とのことで、その意味でも意義は大きい（「説明義務」と「情報開示」が同義であることは、修論で論じた）。また、森川功氏によれば、この

<sup>21</sup> 森川功（前注 7）325-326 頁

<sup>22</sup> 森川功（前注 7）326 頁

<sup>23</sup> （前注 20）227-228 頁

<sup>24</sup> 新美育文「医師と患者の関係」126 頁、加藤一郎・森島昭夫編『医療と人権』（有斐閣・1984 年）所収

判決はICの7つの要素(Ⅱで述べる)に言及されており、ICの構成要素が項目として全て出揃うことになる、という<sup>25</sup>。

ただ、1957年から1977年までアメリカ合衆国及びカナダで医師として勤務した星野一正氏は、本判決について、「これ(注: negligence 法理)は判例に表れたもので、この法理が臨床の現場に影響を与えてはいませんでした<sup>26</sup>。」「(注)は上村」と述べている。

### ③ *Canterbury v. Spence*, 464 F.2d 772(D.C. Cir. 1972<sup>27</sup>)

#### [事実の概要]

カンタベリーは、激しい背部痛の治療のため椎弓切除術を受けた。この手術に麻痺のリスクが約1%あることを知らされなかった。2回目の手術でも麻痺が取れなかった。上告審は、最初の手術以前に麻痺リスクが開示されるべきだったと判決した。

#### [判決要旨]

「成人に達し、健全な精神を有するあらゆる人間は、自分自身の身体に対して何が行われるものとするかを決定する権利を有する。自分自身に対して生ずることに関する真の同意とは、情報を与えられた上で選択権を行使することであり、それには、用いることができる選択肢と選択肢の各々に伴うリスクについて知識を持って評価を行なう機会が必然的に伴う。・・・患者の利益が存在する方向を決定するのは患者の特権であり、医師の特権ではない。患者が理解に基づき自己の治療計画を立てることができるためには、治療代案とそれらに伴う危険についてある程度まで知ることが絶対に必要となる。・・・手術または他の治療を開始する前に医師は患者の同意を求め、それを確保しなければならないというのは確立された法である。この同意は、有効であるためには、患者に圧力をかけたり患者を欺いて得たものであってはならない。患者が授権していない治療は、医師による不法行為—コモン・ロー上の不法な身体接触—となる。・・・提案された治療に伴うあらゆる危険—いかに小さなものであれ可能性が少ないものであれ—について患者と議論することを医師に期待することは、非現実的であり、また、一般的に、患者の視点からも不必要なことである。しかし、情報開示の範囲を純粹に専門職業上の範囲に照らして定めることは、治療に関する患者の自己決定権と矛盾する。その自己決定権こそが情報開示義務の基礎である。患者の自己決定権が開示義務の範囲を決定する。この権利が有効に行使され得るのは、患者が知的な選択を行なうのに十分な情報を有する場合のみである。・・・リスクに関する情報は、患者がそれを自己の決定にとって重要であると考えるならば、開示されなければならない。・・・リスクに関して、重要情報とは、患者の立場にある良識的な人が提案された治療法を受けるか否かを決定する際に重要視しそうな情報のことである。真の緊急事態が生じ、患者が無意識であって同意を与えることができないような場合であっても、医師は親族の同意を得るように努めるべきである。しかし、議論をするだけの時間がないほどに切迫している場合には、医師は治療を行うべきである。医師は、情報を開示すると患者が

<sup>25</sup> 森川功(前注7)327頁

<sup>26</sup> 星野一正『インフォームド・コンセント 日本に馴染む6つの提言』(丸善ライブラリー・1999年)37頁

<sup>27</sup> 生命倫理と法編集委員会編(前注20)228-229頁及び森川功(前注7)327-330頁



治療—患者が本当に必要としていると医師が考える治療—を止めるかもしれないという理由で情報を与えないことは許されない。」

#### [判決の意義]

森川功氏は、Natason 事件判決との決定的差異でもあるが、この判決の最も重要な意義は、専門職業上の慣行という情報開示の基準を退け、患者の自己決定権が医師の開示義務を定めるとして、いわゆる良識人基準を採用した点という<sup>28</sup>。この判決が情報開示の基準を「良識人」に置いたのは、「専門家慣行」の基準だと、患者の自己決定権重視の考えと両立しないと見たからだろう。専門家慣行の基準に代わり良識（合理）人の基準が採用されたことは、あしき意味の医学パターンリズムに対抗する、という意味では進歩である。しかし、仮説上の「良識人」を基準にして情報開示することは、現実の一人一人の患者の個性を無視することにならないだろうか。Canterbury 判決の自己決定権及び情報開示重視の姿勢は高く評価されてよいが、現実の一人一人の個性的な患者を考慮しないところが、この判決の採用した「良識人基準」の限界といえる。

Salgo(1957), Natason(1960), Canterbury(1972)という IC の代名詞的な判例が、(ブラウン判決、ベトナム反戦運動等) アメリカの激動期に生まれたのは、単なる偶然ではないだろう。ただ、Salgo 判決は「劇的な展開」にせよ、同判決が医師の「一定の裁量」と「インフォームド・コンセントに必要な事実の完全な開示」を両立させねばならない、というときそれはどのくらい現実味があるのだろうか。同判決は「リスクの要素について[医師と患者が]話し合う際」2 つを両立させねばならない、と述べている<sup>29</sup>。リスクの要素を医師と患者が話し合う際、IC に必要な事実を完全開示して、医師の裁量というものが成り立つであろうか。まさに「夢や御伽噺においてだけ決定的情報を控える“裁量”は“完全な開示”と調和する<sup>30</sup>。」のであろう。

Natason 判決の情報開示の基準は、合理的医師基準とされる。また同判決は、II でのべる「治療上の特権」をはっきりと認めている<sup>31</sup>。危険という要素を問題にするときの医師の裁量を考えると、Salgo 判例の「御伽噺」より、ずっと現実に即したものになった、といえないだろうか。Canterbury 判決は、医師の開示義務に関して「患者の最善の利益のために行動する義務と結びつけた<sup>32</sup>。」と森川功氏はいう。Salgo 判例で初めて consent 法理と結び付けられた開示義務の意義がよりはっきりさせられた、といえよう。Canterbury 判決は、Natason 判決の「専門家慣行」の情報開示基準から、「良識人基準」へ進歩したことも述べた。Salgo, Natason, Canterbury と患者の権利・福祉が拡大されていった、と言っているのではなかろうか。

<sup>28</sup> 森川功（前注 7）330 頁。なお、普通「合理的」と訳される reasonable を森川氏は「良識的」と訳している。

<sup>29</sup> 154 Cal. App. 2d 560; 317 P 2d 170; 1957 Cal. App. LEXIS 1667, 14

<sup>30</sup> Jay Katz, “Informed Consent—A Fairy Tale? Law’s Vision,” *University of Pittsburgh Law Review* Volume 39 Winter 1977 Number 2, 138

<sup>31</sup> Irma NATASON, Appellant, v. John R. KLINE and St. Francis Hospital and School of Nursing, Inc., Appellees. No.41476.(186 Kan.393. 350. P.2d 1093, 1960)

<sup>32</sup> 森川功（前注 9）330 頁

### (3) IC 概念の後退期

Jay Katz がいうには<sup>33</sup>、「1976 年の判断では、ヴァージニア最高裁は明確に *Canterbury* を拒絶した。・・・<sup>34</sup>。」「・・・1975 年から 1977 年まで、主として医療過誤 “危機” に反応して、24 の州がインフォームド・コンセント法制を整えた。・・・その法制の基礎を成す共通目標は、一般的には、裁判所から付与されている、いかなる患者の自己決定権をも弱めることだった<sup>35</sup>。」とのことである。

注目すべき判例を一つ挙げておく。

McMullen et al v. Vaughan et al.(1976)<sup>36</sup>

#### [事実の概要]

McMullen 氏は神経障害を煩っていた。ある整形外科医との相談に続いて、McMullen 氏は、胸部外科医である被上訴人の手術に服した。手術中、[神経障害とは]関係ない運動神経が傷害を受け、肩甲骨を動かす筋肉の麻痺を起こした。

#### [判決要旨]

当裁判所は、患者とその妻によってなされた医療過誤訴訟について、事実審裁判所の医師に有利な判決を確認する。・・・医師の患者に対する開示義務は、有効な同意を可能ならしめるために、治療の一般条件を患者に知らしむる必要性を含む。この義務は、治療の危険の開示を含まない、結局 informed consent 法理はジョージアでは機能しにくい法原理である。・・・。

IC 法理の後退とは、言い換えるなら、情報開示に関して専門家基準が求められるようになったことといえる。この判例は注意を引く。医師の開示義務に関し、

リスクの開示を含まない、と判示しているのである。simple consent と informed consent の大きな違いは、リスク情報を開示するか否かにあることは指摘したが、

このジョージア控訴審判決は、simple consent を髣髴させる。。おそらくリスク情報の開示については義務ではなく、その開示の判断を医師に一任するというのであろうが、医師の「治療上の特権」を大幅に認めているといわざるを得ない。

## II IC の要素

IC の要素の理念型が、Tom L. Beauchamp と James F. Childress の大著 *Principles of Biomedical Ethics*, Fifth Edition(New York Oxford: Oxford University Press, 2001)で紹介されている。森川功氏は Beauchamp らが述べる、7つの構成要素からなる informed consentこそ IC であって、日本の医療現場で医療者が患者等から得ようとしているものは、「説明と同意」に過ぎない旨<sup>37</sup>述べている。

<sup>33</sup> supra note 4, 80

<sup>34</sup> supra note 4, 81

<sup>35</sup> supra note 4, 81

<sup>36</sup> 138 Ga. App. 718; 227 S.E.2d 440; 1976 Ga. App. LEXIS 2297, 1-4, 石崎泰雄(前注 33)62 頁

<sup>37</sup> 森川功 (前注 7) 321 頁

## 1 ICの7要素とは

まず Beauchamp と Childress は IC の要素を、(1) 患者による理解と決定のための「患者の意思能力」(Competence to understand and decide)、(2) 重要情報の「医師による開示」(Disclosure of material information) (3) 医学的処置の「医師による推薦」(Recommendation of a plan)、(4) 開示された情報と推薦された医学処置の「患者による理解」(Understanding of disclosure and recommendation) (5) 医学処置を支持する「患者の決定」(Decision in favor of a plan)、(6) その決定を行う際の「患者の自由意志」(Voluntariness in deciding)、(7) 患者が選択した医学処置の実行に関する「患者による授権」(Authorization)、の要素に分析している。(1)(6)を限界要素(Threshold element)、(2)(3)(4)を情報要素、(5)(7)を同意要素としている<sup>38</sup>。ただ、「説明と同意」と訳語が示す通り、「(情報の) 医師による開示」と「患者の決定・授権 (同意)」が7つのICの要素で特に重要なであろう。そしてこの7つの要素が孤立しているものでなく、相互に関連したものであるのは明らかである。例えば、Beauchamp らは(1)(6)の限界要素をICの前提条件といっているが<sup>39</sup>、その前提条件のもと(4)及び同意要素((5)(7))の実現が可能になるのである。

ただ、Beauchamp らは同意要素においては、それを拒否要素にすることで、(5)(7)を変更する必要があるということは認めている<sup>40</sup>ことは注意しておくべきである。

## 2 特に重要な「情報の開示」と「授権」

Beauchamp と Childress の IC の要素の記述を紹介したが、特に重要なのが「情報の開示」と「授権」であろう。言語的にも informed (情報提供された) という過去分詞の形容詞的用法と consent (同意要素は「意思決定」と「授権」という名詞からそれは何えよう。IC が単に「説明と同意」でないことは森川氏のいうとおりにせよ、(医師の)「説明」と(患者の)「同意」が IC の要素の中でも特に重要といえよう。

「情報の開示」についてであるが、筆者は、日本で言われる「説明義務」と同視してよいと修論で論じた。

## Ⅲ 日本の判例法理にみる同意法理、自己決定原理

同意法理、自己決定原理に関して重要判例の結論部分(又はその要旨)のみを紹介し、私見を述べる。

<sup>38</sup> Beauchamp, Childress, *Principles of Biomedical Ethics* Fifth Edition (New York Oxford: Oxford University Press, 2001), 80. 同書の第3版は『生命医学倫理』(永安幸正・立木教夫監訳(成文堂・1997年))として邦訳されている。同邦訳書93頁参照。但し、Fifth Editionは相当改訂されている。例えば、ここのICの要素は第3版では1 Competence (有能性) 2 Disclosure of information (情報の開示) 3 Understanding (理解) 4 Voluntariness, (自発性) 5 Authorization (権限委任) (( )内の訳語は同邦訳書の通り)の5つであった。なお、本文での7つのICの要素の訳語については、森川功(前注7)を模倣している。

<sup>39</sup> ibid., 80

<sup>40</sup> ibid., 80

### 1 乳腺症判決（東京地方裁判所昭和 46 年 5 月 19 日判決<sup>41)</sup>

「[医学的に正当な手術でも患者の]承諾を得ないで為された手術は患者の身体に対する違法な侵害であるといわなければならない<sup>42)</sup>。」（[]は上村）

### 2 頭蓋骨陥没骨折開頭手術（最高裁昭和 56 年 6 月 19 日第二小法廷判決<sup>43)</sup>

「本判決は、説明義務に言及するとともに、説明義務の範囲について判断した初の最高裁判決<sup>44)</sup>」である。説明義務の判断基準をどこに求めるかについては、新美育文氏のいう「合理的医師説」とほぼ同じ立場をとるものといえる<sup>45)</sup>。

### 3 丸山ワクチン事件（東京地裁昭和 63 年 10 月 31 日判決<sup>46)</sup>

「・・・患者の自己決定権との関係で見ると、医師による説得は、本来専門技術的立場から患者の生命身体の保全を十分ならしめるために行われるものであるから、医師がその専門的立場から正当と信じる治療法を患者に受け入れるよう説得することは、むしろ専門家としての責務であって、それが強迫にわたる等の特殊な事情の存在しない限り、なんら患者の自己決定権を侵害する違法なものとはなり得ないというべきである<sup>47)</sup>。」

### 4 がんの告知に関する判例その 1（最高裁平成 7 年 4 月 25 日第三小法廷判決<sup>48)</sup>

「A に与える精神的打撃と治療への悪影響を考慮して、同女に癌の疑いを告げず、まずは手術の必要な重度の胆石症であると説明して入院させ、その上で精密な検査をしようとしたことは、医師としてやむをえない措置であったということができ・・・。[A が医師の入院の指示に応じようとしなかったのは胆石症という病名を聞かされて安心したためと見られないこともないが、このような場合]医師としては真実と異なる病名を告げた結果患者が自己の病状を重大視せず治療に協力しなくなることをないように相応の配慮をする必要がある[しかし、本件においては同医師にその配慮が欠けていたとはいえない。]。」（[]は上村）

### 5 輸血拒否を表明した患者に輸血をした事例（最高裁平成 12 年 2 月 29 日第 3 小法廷判決<sup>49)</sup>

「[腫瘍を摘出するために医療水準に従った相当な手術をするのは、医師として当然だが]「患者が、輸血を受けることは自己の宗教上の信念に反するとして、輸血を伴う医療行為を拒否するとの明確な意思を有している場合、このような意思決定をする権利は、人格権の一内容として尊重されなければならない。・・・」

<sup>41)</sup> LEX/DB インターネット TKC 法律情報データベース【文献番号】27422454

<sup>42)</sup> (前注 41)5 頁。またこれは民事判例であるが、刑法上も全く同様であること（「現実に存在する患者の有効な拒絶意思を無視した治療行為は、刑法上も違法である」）を町野朔氏は述べている（町野朔『患者の自己決定権と法』（東京大学出版会・2000 年）163 頁）。

<sup>43)</sup> LEX/DB インターネット TKC 法律情報データベース【文献番号】27423697

<sup>44)</sup> 新美育文「傷害を受けた者に開頭手術を行う医師の説明義務の範囲 最高裁昭和 56 年 6 月 19 日第二小法廷判決」102 頁、『判例タイムズ No.472(1982.9.5)』

<sup>45)</sup> 新美育文（前注 44）104 頁

<sup>46)</sup> LEX/DB インターネット TKC 法律情報データベース【文献番号 27803196】及び畔柳達雄「丸山ワクチン事件」14-17 頁、『別冊ジュリスト 医療過誤判例百選[第二版]No.140』参照。

<sup>47)</sup> LEX/DB インターネット TKC 法律情報データベース【文献番号 27803196】57-58 頁

<sup>48)</sup> 『判例時報 1530 号』53 頁

<sup>49)</sup> 『判例時報 1710 号』97 頁

## 6 がん告知に関する判例その2（平成14年9月24日最高裁第三小法廷判決<sup>50)</sup>

[末期癌患者に対して担当医師が、患者本人に対しては病名告知をすべきでないと判断した場合]当該医師は、診療契約に付随する義務として、少なくとも、患者の家族等のうち連絡が容易なものに対しては接触し、同人又は同人を介して更に接触できた家族等に対する告知の適否を検討し、告知が適当であると判断できたときには、その診断結果等を説明すべき義務を負うといわなければならない。・・・適時の告知によって行われるであろうこのような家族等の協力と配慮は、患者本人にとって法的保護に値する利益である<sup>51)</sup>。」([]は上村)

修論では以上の判決以外も紹介し<sup>52)</sup>、筆者自身の分析を加えたが、「医師の説明義務」と「患者の自己決定」を支持する判例の流れは肯定してよいと思う。だが同時に、「医師の裁量」も肯定し、特に「医師の説明義務」についてはそれを肯定することももう1つの流れといってよい。説明義務の判断基準について医師の裁量に委ねられるのが基本であるが、裁判所の医師を見る目はそれほど甘くない。判例1、5は「医師の合理的な裁量(判断)」が裁かれたといえる。概して判例の流れとしては、医療に対する見方は厳しいと評価していいのではなかろうか。

## IV ICの限界と自己決定原理への懐疑

IC又は自己決定原理は、患者の権利運動の根幹である。何よりも民主主義の価値に一致する。しかし、アメリカの歴史性・文化性を帯びたものであるのも否定できまい。同時に最近では、それに対する懐疑論も出てきた。これらのことを考察することは、よりよい「自己決定」のために必要と信じる。

### 1 アメリカ文化的なインフォームド・コンセント概念

Jessica W. Berg, Paul S. Appelbaum らは「アメリカでは、我々はたびたびICを普遍的な人権と考えがちだが、ICは文化的脈絡の中に存在している。ICの概念がアメリカでの医療ケアにおいて発展したのは偶然でない<sup>53)</sup>。」「・・・個人の独立と自律はアメリカ的発想にずっと顕著に伺われ、一方で大陸の発想では経済的権利がより重要である、ということを示している。・・・インフォームド・コンセントは法的原理としても倫理的原理としても、多くの国から採用されているが・・・多くの点においてアメリカ的発想(American construct)である<sup>54)</sup>。」とのことである。また、彼らが「自律と wellbeing」のタイトルで記述していること<sup>55)</sup>を要約してみる。

アメリカにおける被験者の虐待やナチスの医師の虐殺は、医師や研究者の善行を疑わせた。この文脈では、インフォームド・コンセントは信用の置けない専門職による虐待からの保護とみなされた。患者は自分らの福祉を護るため、自己決定権行使を要求された。・・・それは患者の回復が僅かで、ひどい生活の質にある患者の生命維持を可能にした技術の進

<sup>50)</sup> 『判例タイムズ No.1106(2003.1.15)』87頁

<sup>51)</sup> (前注50)91頁

<sup>52)</sup> 未破裂動脈瘤と説明義務(最高裁平成18年10月27日判決)他

<sup>53)</sup> Jessica W. Berg et al. *INFORMED CONSENT: Legal Theory and Clinical Practice SECOND EDITION*(Oxford and New York: Oxford University Press, 2001),311

<sup>54)</sup> supra note 53, 311

<sup>55)</sup> supra note 53, 20,

歩も、自律モデルに向かわせた。・・・個々の患者達が医学パターナリズムに反対することの本質は、患者にとって健康のみが唯一の価値でなかったということであった。

1960年代後半から1970年代前半の社会環境での動き（黒人、女性らの権利主張）は体制を揺るがした。・・・医師の権威を制限するのではなく、患者の自律を支持する形で医師の権力に対する患者の支配が登場した<sup>56</sup>。

上記のBergらの記述は、一言でいえば、ICは「強い個人」観に裏打ちされている、といえないだろうか。その意味で、下記2(2)でギャリソンが述べることと共通する。しかしその「強い個人」観が、それほど現実に即したものでなかったら・・・。

## 2 アメリカの自己決定懐疑論

### (1) カール・シュナイダー（樋口範雄訳）「アメリカ医事法における患者の自己決定権—その勝利と危機<sup>57</sup>」

「・・・患者の自己決定権なる観念は、アメリカの医療と法と倫理の両側面で基本とすべきものだという承認を勝ち取った。」という意味で「勝利」を述べている。だが一方で、「多くの患者から自己決定の原則の拒絶が見られる」という意味で「危機」についても述べている。

そして理念型として「許容的自己決定論者(permissive autonomist)」と「義務的自己決定論者(mandatory autonomist)」について述べている。前者は、「・・・治療に関する決定に患者が積極的な役割を果たすことは、患者の権利であって、決して義務でない。」「患者が自己決定を拒否するのもまた一種の自己決定だと信じているともいえる。」ということで、後者は「より積極的に患者が自己決定を放棄することを妨げようとする。」という。シュナイダーは、「義務的自己決定論」に懐疑的である。

なお、シュナイダーは別の著書で「自己決定後の後悔(postdecisional regret)に由来する反応と心身障害の発生はいまだ十分に調査されていないが、病者が不健全な意思決定(unsound decision)をするとき、早く、こじれず、そして十分な回復のチャンスを減少させるばかりでなく、新しい病の発生を高めることは十分ありうると思われる<sup>58</sup>。」（下線は上村）と主張していることを指摘しておきたい。仮にこのことがデータ等で証明されたとしよう。中村直美氏は「誤る自由」「誤る権利」を言われるが<sup>59</sup>、私は、援助職関係者は、被援助者を「誤らせない」ことが務めと思う。「誤って」も「後悔」しない人間の存在は否定できないが、「誤る」と「後悔」につながりやすい。ましてや「誤り」が健康を害するとなると対人援助職者としては見過ごせない。対人援助職関係においては、被介入者の「誤る自由」「誤る権利」の行使は、同人の「最善の利益」になるとは考えられない。

<sup>56</sup> supra note 53, 20-21

<sup>57</sup> カール・シュナイダー「アメリカ医事法における患者の自己決定権—その勝利と危機」（樋口範雄訳）『ジュリスト No.1064』1995.4.1。」「」はシュナイダーの文言であるが、シュナイダー自身の引用文献は略した。

<sup>58</sup> Carl E. Schneider, *The Practice of Autonomy Patients, Doctors, and Medical Decisions*(New York: Oxford University Press, 1998), 116

<sup>59</sup> 中村直美『パターナリズムの研究』（成文堂・2007年）39頁

## (2) マーシャ・ギャリソン (土屋裕子訳) 「自己決定権を飼いならすために—自己決定権再考<sup>60</sup>」

ギャリソンは以下のような自己決定についての懐疑を述べている。

自己決定権の理念がは、理性的・論理的な患者で、

- ① 患者は受け取る情報の理解が不十分。
- ② ほとんどの患者は、医師に自分の意思決定について重要な役割望む。
- ③ 医学情報を理解でき、自分で医療上の選択をしたい患者でも、必要情報を入手できないことあり (時間がかかり困難)。
- ④ 自ら意思決定を望み、それに関する情報をすべて得られても、治療上のリスク・利益についての合理的評価に基づく意思決定ほとんどなし。
- ⑤ 自己決定権の理念はもっぱら患者の合理性に焦点を当てる。

## 3 日本の臨床医による IC 懐疑論

現場の臨床医も患者の自己決定権・IC について全面的に否定するものはいないにしろ、懐疑論は少数にしろ存在する。注目したものを 2 つ紹介しよう。

### (1) 岡本祐三「インフォームド・コンセント(上)(中)(下)<sup>61</sup>」(「IC 懐疑論」に関するところを要約)

IC の要求は、医師の姿勢の変革を求めるものであっても、従来の医師患者関係の構造を根底から覆すものではない (医療行為の判断の主体性については、理念的には患者でも、実際には医師が実行行為者として、主体性を発揮するしかない。医師患者から「主体性の委託」を受けている、と解すべき。)。医学的判断自体に限界があり、おびたしい医療ニーズを、限られた時間内に処理しなければならないという医療制度上の不備もある。IC 議論における自己決定権の尊重にかこつけたイージーな (医師が「説明はしました、さあ、どうしますか」との) 「投げ出し」を論理的に正当化することを危惧する。

### (2) 名取春彦『インフォームド・コンセントは患者を救わない<sup>62</sup>』

インフォームド・コンセントを①医師と患者のあり方や心構え (例: 共同意思決定プロセス論) ②ルールとしての IC (意思の疎通を図る際や紛争が生じたときに、あまりにも意味があいまいでは困るという理由で、インフォームド・コンセントを厳密に規定し、ルールにしようとする考え方) に分け、②を批判する。名取氏は、患者は『自己決定権』を押し付けられることにとまどっており、インフォームド・コンセントの問題点[患者が自己決定すれば、患者が決めたことだから、結果が悪くても患者に責任があるとするとする考え方]に人びとが気づきはじめているという。医療者は患者の喜びも苦痛も一緒になって共感しなければならず、説明は客観的であることよりも患者に寄り添って、患者の願いに応えるものでなければならない、『同意』とは、患者の承諾ではなく、患者も医者も一緒になっ

<sup>60</sup> 『ケーススタディ 生命倫理と法ジュリスト増刊 2004 年 12 月号』(有斐閣) 230-241 頁参照。

<sup>61</sup> 岡本祐三「インフォームド・コンセント(上)(中)(下)」『からだの科学』(日本評論社・1991 年) 157 号 6 頁、158 号 13 頁、159 号 101 頁。特に 157 号 7,8,9 頁、158 号 13 頁、159 号 102、103 頁

<sup>62</sup> 名取春彦『インフォームド・コンセントは患者を救わない』(洋泉社・1998 年) 69-70 頁、242-243 頁参照

て患者のことを考えた結果の『合意』でなければならないとも主張している。

名取氏は、『寄り添う医療』を目指しているが、それは患者の『自己決定権』よりも、患者への『共感』、患者に『寄り添うこと』が大切とする。それは、インフォームド・コンセントが排除しようとやっきになってきているパターナリズムに基づくものである<sup>63</sup>、という。

岡本氏、名取氏もパターナリズムを肯定的に評価している、といってよい。次にパターナリズムについて述べたい。

#### 4 注目すべきパターナリズム

##### (1) (医師の) 裁量、治療上の特権、パターナリズム

前章で見たとおり、日本の学説・判例等は、基本的には「自己決定原理」(≒IC 法理)を支持している。だが医師—患者関係においては、高度の専門職者としての 医師に、一定の裁量があるのは当然と思う<sup>64</sup>。診察場面では、患者は大抵不安を抱えているだろう。医学には素人の患者が、このような不安の中で、十分な情報だけを提供され IC を与えよ、といわれても常に患者自身の福祉にふさわしい自己決定が出来るものだろうか。大抵患者は医師の裁量に期待するところが大きいのではなかろうか。

この「医師の裁量」の一部として「(医師の) 治療上の特権」がある。「医師の裁量」のうち、情報開示に関することをいう、と見ていいだろう。Beauchamp, Childress は「治療上の特権」を最低限認めている。そして、医師の(合理的)裁量にせよ、治療上の特権にせよ、それは正当化されるパターナリズムである。次にパターナリズムの正当化等について述べる。

##### (2) パターナリズムの正当化等—中村直美説と John Kleinig 説

###### ① パターナリズムの定義<sup>65</sup>等

###### i 中村直美

「ある者(S)が、他者(A)に対して何らかの侵害を惹起する場合でなくても S 自身のためになるという理由から、個人または団体(I)—例えば国家—が S に対して何らかの介入行為を行うことが出来るか。できるとすればいかなる条件のもとでか<sup>66</sup>。」

###### ii John Kleinig

ア 「いわゆるパターナリスティックな関係とは、両親が、自分たちは子供にとって何が最善かをより良く知っている(know better)という前提に基づき行為する関係である<sup>67</sup>。」

イ 「X は、目的として Y の善を得るために、Y に[何らかの]押し付けをする(imposes

<sup>63</sup> 名取春彦 (前注 62)

<sup>64</sup> LEX/DB インターネット TKC 法律情報データベース【文献番号】274225905 (東京高裁昭和 60 年 4 月 22 日判決)、8 頁はこのことを強く示唆する。

<sup>65</sup> 中村氏は「定義」という言葉を用いると、哲学史上の定義論(本質定義と名辞定義)を乗り越えなければならないので「定式化(formulation)」という言葉を用いる、という。また定式化とは「わかりやすく言い換えたもの」と教えてくれた(本校での授業で)。

<sup>66</sup> 中村直美 (前注 59) 33 頁

<sup>67</sup> John Kleinig, *PATERNALISM* (Totowa New Jersey: Rowman&Allanheld Publishers, 1984)4



upon<sup>68)</sup>程度において、パターナリスティックに行為している<sup>69)</sup>。」

中村氏も<sup>70)</sup>Kleinig も<sup>71)</sup>、初めてパターナリズムについて詳細に論じた Gerald.Dworkin がパターナリズムの定義に正当化要素を含ませる<sup>72)</sup>のを批判している。

Kleinig の i の文章は paternalism の原型（父子関係）を想起させる。know better という言葉が使われているが、例えば医師—患者関係において、少なくとも病に関しては、医師は患者より know better だろう。従来の悪しきパターナリズムは、患者の人生観・価値まで医師が know better である、と錯覚したため生じたことかもしれない。

## ② パターナリズムの正当化（その 1）・中村直美理論

1982 年の日本で初めてパターナリズムについて本格的に扱った「パターナリズムの概念<sup>73)</sup>」以来、自律・パターナリズムについて論稿を重ねている中村直美氏が、現在まで論じられてきた主要な 5 つの「正当化されるパターナリズムの要件」を述べているが<sup>74)</sup>、中村氏自身が支持するパターナリズムの正当化理論を述べておく。

### (1) 阻害されていなければ有すべき意思モデル

現に阻害されている被介入者の意思・決定が仮に阻害されていないとすれば、被介入者が有したはずの意思に当該介入が適う場合には正当化される、という考え方で、以下ア、イ、ウが難点とされる。

- i 被介入者個人についての情報をもってしても「阻害されなければ彼が有したはずの意思」を細かな点について正確に推認せしめるのが困難な場合が多々あろう。
- ii 個人は客観的には（大多数の者にとっては）不合理と思える決定をしばしば行うことになり、その決定が阻害されていないことが明白である限り放任されるべきこととなる。
- iii 意思が阻害されているか否かを判定するのが困難な場合が生じる。だが、ここに述べたこのモデルの難点はいずれもやむを得ないものまたは解消可能、と中村氏は言う

---

<sup>68)</sup> *ibid.*, 7. Kleinig は「それで私は、必ずしも強制的な制限(a coercive one)、行動の自由に対する介入(an interference)でさえでないにしろ、パターナリズムの行為に自由の制限を見出すのが 最適であろう、と提案する。何らかの押し付け(an imposition)の存在には言及できる。というのは、パターナリスティックな関係について言いたいことが何であろうと、当事者の一方はもう一方に押し付けをしているからである。」(*loc.cit.*)と述べている。つまり、Kleinig は coercion, interference, imposition のうち imposition を最も広い概念ととらえているようである。中村直美(前注 59) 117 頁参照

<sup>69)</sup> *ibid.*, 13

<sup>70)</sup> 中村直美「パターナリズムの概念」157 頁、井上正治博士還暦祝賀『刑事法学の諸相』（有斐閣・1982 年）所収

<sup>71)</sup> *supra* note 68, 10

<sup>72)</sup> G. Dworkin G. Dworkin, “Paternalism: Some Second Thoughts” *The Theory and Practice of Autonomy*(New York: Cambridge University Press, 1997) 121. この書で Dworkin は「いたるところで私は、その[パターナリズムの]概念を、その強制を受ける人(the person being coerced)の福祉、幸福、必要、利益または価値ともつばら関係する理由によって正当化されるようなある人の自由への干渉、として定義付けた」と述べている。

<sup>73)</sup> 中村直美（前注 70）

<sup>74)</sup> 中村直美（前注 59）37-42 頁。他の 4 つの「パターナリズムの正当化」理論は、i 自由最大化モデル、任意性モデル、被介入者の将来の同意モデル、合理的人間の同意モデルである。中村氏がうまく整理・分類しているので、興味ある方は参照願いたい。

また中村氏は自律との関連でもパターンリズムの正当化基準を述べているので、それにも言及しておこう。この「阻害されていなければ有すべき意思モデル」をもう1つの観点から見た正当化基準といえよう。それは「原理的にはそれ[注：パターンリズム]がその者の自律を実現・補完することになるか否かという基準<sup>76</sup>」([ ]は上村)である。ここで中村氏は自律について次のように述べている。「個人が自分の外にある力（物理的・心理的な力）から自由に（その支配を免れて）かつ自分の中にある『自分らしくない自分』（これを周辺の自己と呼ぶ）を『自分らしい自分』（これを中核的自己と呼ぶ）によって支配・統制すること、つまり自律を自分で律し自分を律すると言う二側面において捉える。還元すれば、自律とは中核的自己が外的要因（自分の外にある力）の支配・統制を免れつつ周辺の自己を支配・統制することと理解する<sup>77</sup>。」この「中核的自己」「周辺の自己」については最後にも述べる。

### ③ パターンリズムの正当化（その2）・Kleinig の personal integrity 説

personal integrity（個人の品格）を侵さない限り paternalism は正当化されるという主張は John Kleinig によって主張され、日本では中村直美氏が紹介しているが<sup>78</sup>、Kleinig の主張を簡単に紹介しておこう<sup>79</sup>。

- i まず Kleinig は「私がここでいう integrity は、健全さ・全体性(wholeness)一人を特にその人らしく構成している、信念、傾向、態度、目標、関係性、人生計画、の複合体―と密接に関係する<sup>80</sup>」と述べる。
- ii personal integrity 説の詳しい説明は中村直美氏の言葉を借りたい<sup>81</sup>。
  - ア 個性の発展は、ジグソーパズルの組立のようなもの・・・でなく、多様なブロックを多様な仕方で用いて多様な建築物を組み立てる作業に似る。
  - イ ある時期から<sup>82</sup>人々は、自分のそれぞれの建築物に対して責任を負う程の能力を持つようになる。したがって、他人がそれに介入すべきでない。この建築目標が、個々人の life-plan あるいは permanent, stable, settled, ranking highly といった形容詞のついた project, desire, disposition 等であり、これこそが著者[Kleinig]にとってパターンリズムの正当性を判断するものさしとなる。これは著者[同上]のいう personal integrity の中核を構成するものといえよう ([ ]は上村)。
  - ウ 個々人のその時その選択、決定が、単に一時的、末梢的、低次の desire, project 等を表現しているものでしかないということがしばしば起きる。・・・その結果として生

<sup>75</sup> その理由は、中村直美（前注 59）41－42 参照。

<sup>76</sup> 中村直美（前注 59）241 頁

<sup>77</sup> 中村直美（前注 59）241 頁

<sup>78</sup> 中村直美（前注 59）113-125 頁

<sup>79</sup> supra note 68, 67-73

<sup>80</sup> supra note 68, 60

<sup>81</sup> 中村直美（前注 59）122－124 頁

<sup>82</sup> この時期についてだが、未成年者の輸血拒否について、民法 961 条（遺言能力出来る年齢）及び臓器移植法の運用ガイドラインでの書面による臓器提供の意思表示が出来る年齢が 15 歳以上であることを根拠に、「未成年者の場合十五歳から自己決定権に基づき輸血の拒否は可能であろう。」と立山龍彦氏は述べている（立山龍彦『自己決定と死ぬ権利』（東海大学出版会・2002 年）29 頁）。

じる害が重大であるとか行為の価値と不均衡に大きいとか高い蓋然性で生ずると言った場合に、高次の project 等に即して低次のそれを抑圧することは何ら integrity を冒すことにはならない・・・。

中村氏の「阻害されていなければ有すべき意思モデル」との関係で言えば、高次・低次の project 等の判定が、「阻害されていない」「阻害されている」の判定と共通しよう。

また Kleinig は「・・・我々の自己同一性(self-identity)に密接に関係する目的・活動を不必要な危険に晒す性格上の欠陥及びそういう欠陥の表現に paternalism が限られるならば、paternalism の使用は正当化されうる<sup>83</sup>。」ともいう。

ここで問題になることは、一時的な・確固とした(passing and settled) desire か、重要とそうでない(major and minor) project、中心的な関心事と末梢的な関心事(central and peripheral concern)、高次・低次の習慣や傾向(valued and disvalued habits and dispositions)の識別である。Kleinig 氏はそれについて我々は識別しうる(We can differentiate)と述べているが<sup>84</sup>、本当にそうであろうか？

特別養護老人ホーム或いは療養型医療施設等への入所につき、本人でさえ意思決定に迷い、家族らに「押し切られる」形で入所する例はあると聞く。その本人の決定が、上記の対となる形容詞(settled と passing, major と minor, ranking highly と peripheral, valued と disvalued 等)のいずれかであるのか、“我々は識別しうる”のか疑問に思う次第である。

#### ④ 求められる「正当化されるパターナリズム」

パターナリズムは否定的に捉えられてきた概念であり、否定的に捉えられてきた（そして今でも否定的にとらえられている）ことにはもっともな理由があった。一言で言うなら、「患者のために」の美名の下、患者の自律が否定されてきたのである。だがパターナリズムは必ずしも全面否定されるべきでない。②③で述べた「阻害されていなければ有すべき意思モデル」「personal integrity 説」で正当化されるようなパターナリズムは患者の福祉に資するだろうし、実際に「正当化されるパターナリズム」は実践されている。

治癒又は寛解可能な病の場合、余程のことがない限り患者は治癒又は寛解を望んでいるはずだが、治療を受けるとき、医師に何らかの導きを求めたいだろう。治療方法の選択肢だけ提示され「さあ、どうしますか。」だけの言葉を医師から受けるならば、大抵の患者は不安に違いない。このような患者の「導きの期待」に対して医師が「親のように」「保護的に」「指示的に」応じようとする関係が、パターナリズムと呼ばれてきたといってよいだろう。「親のように」「保護的に」「指示的に」という医師の態度が患者の自律を侵害していたことが問題なのであった。「親のように」「保護的に」という言葉はケアという語を連想させる。実際中村直美氏は「パターナリズムが『本人のため』という視点から個人を扱う限りで、ケアとの重なり合いは大きい。ケアの一つの形と考えてもよからう<sup>85</sup>。」と述べている。また稲葉一人氏は「・・・、IC は訴訟からの防御策という消極的なものでなく、患者のケアという、医療の根幹と結びついた積極的な原則ということがわかる<sup>86</sup>。」という。稲

<sup>83</sup> supra note 68,70

<sup>84</sup> supra note 68, 68

<sup>85</sup> 中村直美「ケア、正義、自律とパターナリズム」112 頁、『ケア論の射程 熊本大学生命倫理研究会論集2』（九州大学出版会・2001 年）

<sup>86</sup> 稲葉一人「がんのインフォームド・コンセントにおける法と倫理」180 頁、『ターミナルケア - 110 -

葉氏、中村氏の言うことをつなぎ合わせると、IC もパターナリズムも、患者のケアということでむしろ積極的に結びつく、といえよう。

「ケアとパターナリズムの重なり合い」について考えてみよう。パターナリズムについては、29 頁の脚注で触れた J.Kleinig の言葉が参考になる。同脚注で、Kleinig は coercion (強制), interference (介入), imposition (押し付け) のうち、imposition を最も広い意味と捉えているようであると述べたが、Kleinig は imposition があれば、その行為をパターナリズムとみている。imposition と care は「介入」「関わり」という日本語が共通項といえそうな気がする。援助職の観点からは、被援助者が援助を欲していないが客観的にみて援助が必要な場合、ケア論者としては被援助者の自律を尊重しそれ以上関わらないか、「被援助者のために」より積極的に関わるかは、議論的になる。後者の場合、よきパターナリズムとの差はほとんどなくなる。被援助者が援助を欲している場合でも、援助者のかかわりが被援助者の自由の制限を伴うならば、やはりケアとよきパターナリズムの区別はしにくい。

私は中村氏がケアとパターナリズムとの重なりは大きい旨述べたことから、以上のように考えた。V では、その「重なり」という意味においてだが、敢えてケアと（よき）パターナリズムを同一視して論を進める。

## V よきパターナリズムに支えられるインフォームド・コンセントを

### 1 自己決定重視だが説得・パターナリズムを肯定する判例

医師－患者関係において「患者の意思」が「(医学的に正当な) 医学判断」を上回るという判決が登場し、患者の自己決定権が重視されるようになったことは当然の流れである。我が国は患者が医師への服従という意味でのパターナリズムの伝統が長かったといわれる。その伝統を考えると画期的でさえある。正確な情報が患者に与えられた場合で患者がその情報を正しく理解しているとき、患者が医学的判断に反する自己決定をしたとしても、患者の自己決定を重んじることが IC の尊重である。今後も、この自己決定重視の流れは維持されるべきであろう。だが患者の自己決定権重視は援助者の「説得」を認めるし、パターナリズムを完全に排除するものではない。「説得」はパターナリズムともいえまいか。パターナリズム一般の正当化理論は(中村直美氏の「阻害されなければ有すべき意思モデル」、John Kleinig の「personal integrity」説)、結局自分らしくない自分(周辺の自己)が自己決定しているときには本人への介入が許される、と考えるだろう。だから、決して(中核的) 自己(による) 決定と矛盾するものでない。医師の裁量を否定する判例に私は出会わなかったが、判例としては(よき) パターナリズムを肯定している、と言ってよかろう。

### 2 自己決定は本当に“自分の”決定か

#### (1) 自己決定の「自己」とは

私が当たった文献では、「自己決定」「自律」が言及されるとき、その「自己」「私」とは誰か、と問う文献はほとんどなかった。唯一の例外と言うべきものは前述した中村直美氏の「中核的自己」「周辺の自己」の考え方である。「周辺の自己」より「中核的自己」の見

極めがより困難とはいえよう。困難な技術にしる、対人援助職にかかわるものはこの「中核的自己」と「周辺の自己」の見極めに長けておかねばなるまい。その第一歩は、他人をよりよく知る前提としての「自分を知る」ことにあるように思えるのだが。

## (2) 自己決定の脈絡上の限界

自己決定権行使の限界については、医療場面だったら、権利放棄以外の IC の規則の例外(①緊急②無能力③治療上の特権④公衆衛生の必要上⑤社会的利益が優先される場合(男女の産み分け、クローン人間の作成等))がありうる。だが全ての場面の自己決定権行使において考慮されるべき自己決定権行使の限界が考えられる。それは自己決定権行使における脈絡上の限界である。

歴史・時代・文化等に影響を受けない人間はいない。個人が自己決定するときも、それはそういう「脈絡上の限界」があることを認識しておくべきではなかろうか。残念ながらというべきか「本人は自分なりに“自己決定”しているつもりだが、ほとんどの場合、共同体文脈によって外堀がかなり埋まっている<sup>87</sup>。」ということも、真理の一面であろう。このような「共同体文脈」「時代的・社会的背景からくる制約」を認識することによって、「中核的自己(による)決定」がよりよく可能となるのではなかろうか。

## 3 empowerment と大切な know better な地位にある人間の導き

援助者－被援助者関係で自己決定が重んじられるようになって久しいが、既に 1963 年の論文で土居健郎氏は、自己決定に疑義を呈するような発言をしている。土居氏は自分の専門の精神療法について述べているが、他の援助職に携わる者も耳を傾けていい発言と思う。「[「神は自ら助くる者を助く」の「神」は卒先して人間を助けず、人間が自分を助けるのを待っている、という土居氏自身の意見を述べながら]人間が自分を助けるのを待っている神は頼みにならぬから不要も同然である。畢竟重要なのは自分自身を助けるか否かということになる。私はこのことが西洋近代において現実のものとなり、自助ないし自己決定の理想が多く競合するイデオロギーの中心的な主題となったと考えるのである。・・・精神療法に来る患者はまず以て無力であればこそ助けを求めている。その患者に対し治療者が自分の役目は患者が自らを助ける限り助けることであるという姿勢で臨むなら、そのことは患者の無力感を必要以上に増強することになるではないか。・・・私は多くの機会に患者が無力感のまま打ち棄てられているのを目撃したが、それは患者も治療者も共に自助の文化的基準を共有していたためと考えられる。・・・私は精神療法の目標として自助ないし自立の理想を否定しているのでもない。私はただアメリカの精神療法家が共有しているように見える暗黙の文化的前提に反対しているのである。それは患者が自分自身を助けようとしないう限り助けられないという考え方である。私は精神療法の過程はもっと違った風に定義されねばならないと考える。すなわち精神療法というものは患者を助けることによって彼が自分自身を助けられるようにすることである。・・・<sup>88</sup>」(下線部は上村)

これは、もともと英語で発表されたものが、『続「甘え」の構造』(弘文堂・2001 年)に

<sup>87</sup> 仲正昌樹『不自由論』(ちくま新書・2000 年) 192 頁

<sup>88</sup> 土居健郎『続「甘え」の構造』(弘文堂・2001 年) 177－180 頁

『「甘え」と自立』の章名で掲載されている。自己決定権行使の正当性が当然視されている今でこそ注目していい発言と思う。別に精神療法を求める者でなくとも、対人援助職者に援助を求めに来るものに対し、はじめから援助者が「自分の役目は被援助者が自らを助ける限り助けることであるという姿勢で臨む」ならそれは被援助者にとって少し負担が大きいのではなかろうか。被援助者が依存的なままにいることは確かに問題である。だが自律（自立）できない段階にある人に「自立」「自己決定」をせまることは適切であろうか。土居氏は「自分自身を助けるか否か」が重要で、それが「自助ないし自己決定の理想」の基礎と見ている。この意味で「自助」も「自己決定」も「強い個人」観に支えられた概念といえる。だが中村直美氏は「自由で独立して、常に合理的に行動する近代的な人間像（強い個人）は抽象された理念型としてはともかく、医療、教育、福祉などなど現代社会の様々な問題を考える際には、より具体的な、生身の相互に依存し合う弱い個人への視点の移動を迫られるのである<sup>89</sup>。」という。このような意味で中村氏はケア、パターンリズムに注目するのだろう。「自律」「自己決定」の強調は、ややもすると「強い個人」観の押し付けとなり、人間の弱さを見過ごすことになりはしないだろうか。下線部の土居氏の文章は、現在対人援助職者の間でエンパワメントと呼ばれる概念を連想させる。

エンパワメントとは社会福祉、医学、看護、心理臨床等の対人援助職ばかりでなく、経営、法律でも注目される概念だが、各専門分野でそれぞれ意味が微妙に異なるといわれる。だがその基本は同一であろう。筆者が、一番簡潔でわかりやすく、上記の土居氏の文章（下線部）にもよく当てはまると思った説明を引用しておこう。「・・・外部の権威に依存させることによってではなく、自分の置かれている社会的立場と社会の仕組みと内外の資源を理解させ、本人たちの力を発揮させることによって社会的弱者を内面から強くすること<sup>90</sup>。」このエンパワメントの説明にせよ、土居氏の「患者を助けることによって」という言葉にしろ、まさにケアそのものである。

ここでソーシャルワークにおけるエンパワメントについて述べさせてもらいたい。

アメリカのソーシャルワーク学者アン・ハートマンはエンパワメントの先駆的概念は自己決定という<sup>91</sup>。ソーシャルワークのエンパワメントは①個人的次元（個人の内的なエンパワーに焦点を置く）②対人関係的次元（セルフヘルプ・グループへの参加等）③環境及び組織的次元（ミクロ環境的）④社会政治的次元（マクロ環境的）に分けて述べられることがある<sup>92</sup>。そして①の「主たる問題解決行動」として「ワーカー/クライアント関係を確立し直近の要求を満たす。すなわち個人や家族を現存するサービスと結びつけ、資源を探り評価するやり方についての情報を獲得し、意識向上の過程を開始する<sup>93</sup>。」とコックスら

<sup>89</sup> 中村直美(前注 85) 111 頁

<sup>90</sup> デマリス S.ウエーア（村本詔司・中村このゆ訳）『ユングとフェミニズム 解放の元型』（ミネルヴァ書房・2002年）180 頁

<sup>91</sup> Ann Hartman, "The Profession Is Political", *Social Work/Volume 38, Number 4/July 1993*, 365

<sup>92</sup> 宮川数君「ソーシャルワークにおけるエンパワメントの実践技法」85 頁、小田兼三/杉本敏夫/久保田則夫編著『エンパワメント 実践の理論と技法』（中央法規・1999年）。なお、③④の（）書きは筆者が後注（93）の文献から補った。

<sup>93</sup> Enid O. Cox, Ruth J. Parsons, *Empowerment-Oriented Practice with the Elderly*(California:Brooks/Cole Company, 1994),52（邦訳あり。小松源助監訳『高齢者エンパワメントの基礎—ソーシャルワーク実践の発展を目指して—』（相川書房・1997年）

は述べている。②、③、④はともかくこの①の次元は、自己決定する能力がまだ弱い段階と私は見る。コックスらはこの次元について「・・・アウトリーチにより又はインテークワーカーにより、困難な状況で援助が必要と認められた又は援助を[自ら]求めてきた個々のクライアントとの、初期の取り組みより主として成り立つ<sup>94</sup>。」という。このような状況にあるクライアントが自己決定するにふさわしい状態にあるとはいえないだろう。宮川数君氏はこの段階を「カウンセリング次元」と言い換え「個人が自己に対する信頼を回復する段階・・・個別化・傾聴・受容・自己決定といった原則が適用される<sup>95</sup>。」と述べているが、この段階でクライアントは自信ある自己決定ができるものだろうか。私には「自己に対する信頼を回復する段階」でクライアントに自己決定を迫るならばそれは少し酷に思える。②、③、④となるにつれ、クライアントはより *self-determining* になっていくのだろう。だが①の段階では、ケアの要素が強いではなかろうか。自己決定がより発展した形態がエンパワメントにしろ、自己決定との大きな違いはこのケアの要素が取り入れられたところと思われる。敢えて言うならば、エンパワメントは“よきパターナリズム”が取り入れられた援助の形態といえよう。

医師だったら病及びその治療方法について、ソーシャルワーカーだったらクライアントの抱える諸問題及びその援助技術について、患者又はクライアントより *know better* な地位にある。*know better* な地位とはパターナリスティックに振舞える地位である。医師にしろ、ソーシャルワーカーにしろ、患者ないしクライアントが自己決定する能力に欠けるとき、*know better* な地位にある者として、彼らが自己決定できるように導かなければならない。そのような援助職者の導きこそ、ケアでありよきパターナリズムである。本論文では、私は中村直美氏の発言を根拠に、ケアとパターナリズムの重なり合いを強調してきた。ケアすることを生業とする医師にしろ、ソーシャルワーカーにしろ、パターナリズムとのかかわりは宿命的なものであるといえる。それなのに、医療にしろソーシャルワークにしろ、パターナリズムは嫌われてきた<sup>96</sup>。しかし、パターナリズムとは、元来被援助者の幸福、利益、福祉等を深く意図した原理ではないのだろうか。だが「その人の利益に」と考えるときは、当人の自律を見逃しがちである。これも医療や福祉で悪しきパターナリズムが横行した一因であろう。

#### 4 IC と Care(よき Paternalism)

ICの要素の「医師の推薦」では、*know better* な地位にある人間として医師がパターナリスティックに振舞うことが期待される。もちろん、医師は患者の自律、自由意志を侵害しないようにしなければならない。だが、自律、自由意思といっても、自分以外の人間の影響を受けないそれらが存在するとは信じられない。メイヤロフは『ケアの本質』の中でいっている。「・・・私は、他者に専心し、また他者に依存するゆえに、自律的なのである。

---

<sup>94</sup> *ibid.*, 51

<sup>95</sup> 宮川数君 (前注 131) 86 頁

<sup>96</sup> 但し、かつての日本の社会福祉施設での援助の在り方が、「保護と引き換えに服従」(豊島律教授のYMCAにおけるスクーリングでの発言)であったので、社会福祉界でパターナリズムが嫌われるのは、その反動ともいえる。「保護と引き換えに服従」の時代の過ちを決して忘れてはなるまい。

この場合の依存とは、私と相手の双方とも自由にしてくれる種類のものにほかならない<sup>97</sup>。」また臨床心理学者の河合隼雄氏は、少し古い本で次のように述べている「・・・。だから最近の心理学では、依存と独立[自立<sup>98</sup>]というのは反対概念にとらえないですね。必要に応じてどの程度ちゃんと依存できるかというのは、むしろ独立心のあらわれみたいに考えています<sup>99</sup>。」([ ]は上村)つまり自立にしる自律にしる、適切な依存心あってこそより望ましいものになる、といえないだろうか。

## VII 結語

IC は日本でも違和感がなくなりつつ語になっている。だが IC の正しい意味を知ったとき、国民は「よし、自分こそ医療行為の真の決定者（選択者）である。」と確信もついているだろうか。医学の高度の専門性に圧倒され、「病気のことはやっぱり先生に」と考える者も多かろう。そして不安な患者の中には、セカンド・オピニオンを求める人もいよう。従来の悪しきパターンリズムに対抗する上でも、インフォームド・コンセントの考え方は重要である。医師がいかに病気の権威者でも、自分の価値観・人生観を妨害されたくはない。患者には悪しきパターンリズムで、自分の正しいと信じる生き方・価値を妨害されてきた人もいた（いる）だろう。

だが、「自己決定権の理念はもっぱら患者の合理性に焦点当てる。」のも事実ではなかろうか。輸血を拒否するエホバ信者の自己決定の内容は、第三者的には非合理的でも、自分の価値観・信念に忠実に従っている、という意味で合理的に行動しているのである。私には、日本の IC・自己決定関連の文献は、人間の非合理性・感情にそれほど関心を払っているように思えなかった。人間が「支えあう」「ケアし・ケアされる」存在であることはもっと注目されてもいいように思う。

今後は、「強い個人」観ではなく「弱い個人」観に基づいた IC、人間の依存心（甘え）を深く斟酌した IC を私の最も大事な問題意識の一つとして持ち続けて行きたい。IC という言葉自体が、十分な情報に基づいた患者の自己決定だから、患者の強さを前提としているといえないだろうか。その強さを信頼しなければ、真実の病名告知などできないだろう。私は、人間の強さを信じているし、それを目撃し、圧倒されたこともある。だが、人間が相互依存的、ケアしケアされる存在であることを考えると、患者の弱さ、傷つきやすさを見過ごすのもどうかと思う。人間の真の強さ、自律とは、弱さ、傷つきやすさが受容されてこそ発揮できることもあるのではなかろうか。人間の、弱さ、傷つきやすさに注目することが、日本の IC 論の課題のような気がする。

<sup>97</sup> ミルトン・メイヤロフ（田村真・向野宣之訳）『ケアの本質 生きることの意味』（ゆみる出版・2003 年）163 頁

<sup>98</sup> おそらく河合氏は英語の *independence* を意識しているものと思われる。

<sup>99</sup> 河合隼雄＋谷川俊太郎『魂にメスはいらない ユング心理学講義』（朝日出版社・1979 年）109 頁